

De invloed van Europese FTA's op het Nederlandse ondernemingsrecht

Ondernemingsrecht 2017/58

Sinds de bekendmaking van de 'Global Europe'-strategie heeft de EU met verschillende landen onderhandeld of zelfs reeds overeenstemming bereikt over vrijhandelsakkoorden van een nieuwe generatie. Dergelijke akkoorden genereren niet zelden flinke media-aandacht. In deze bijdrage doen wij een eerste aanzet om deze akkoorden vanuit ondernemingsrechtelijk perspectief te bezien. De vrijhandelsakkoorden voorzien in een recht op vrije vestiging voor rechtspersonen afkomstig uit een Verdragsland. Dit zou een zekere parallel op kunnen roepen met het EU-recht en de wezenlijke invloed die het Europese vestigingsrecht op het Nederlandse ondernemingsrecht heeft gehad. Nu echter aan de hier besproken vrijhandelsakkoorden geen directe werking toekomt, kunnen rechtspersonen daarop geen rechtstreeks beroep doen. Wel zouden de EU-vrijhandelsakkoorden, mede gelet op het recht van (soms materieel geïnterpreteerde) gelijke behandeling, eraan kunnen bijdragen dat de wetgever in beweging komt. Zo zouden de regelingen voor grensoverschrijdende fusies en omzettingen niet beperkt hoeven te worden tot vennootschappen afkomstig uit EU/EER-lidstaten, maar kunnen deze uitgebreid worden tot derde landen waarmee de EU een vrijhandelsakkoord heeft gesloten. Ook roepen de EU-vrijhandelsakkoorden vragen op over het introduceren van een uitzondering in de Wfbv voor vennootschappen naar het recht van een Verdragsland en, op lange termijn, het bestaansrecht van de Wfbv in het algemeen. Tot slot lijken de door de EU afgesloten vrijhandelsakkoorden de effectiviteit van het door diezelfde EU ingestelde UBO-register uit te kunnen hollen.

1. Inleiding

In deze bijdrage verkennen wij de implicaties van door de Europese Unie (EU) afgesloten vrijhandelsakkoorden (*Free Trade Agreements* ofwel FTA's) voor het Nederlandse ondernemingsrecht. Hoewel de invloed van deze akkoorden momenteel nog gering is, kunnen zij op termijn tot interessante ontwikkelingen leiden. De thematiek van door de EU afgesloten FTA's is reeds enige malen aan de orde gekomen

in de Nederlandse literatuur,² maar dan vooral vanuit Europeesrechtelijk en niet zozeer ondernemingsrechtelijk perspectief.³ Enkele voorbeelden van EU FTA's 'nieuwe stijl' zijn TTIP en CETA, de vrijhandelsverdragen tussen de EU en de VS respectievelijk Canada waarvan de onderhandelingen nadrukkelijk in de publieke belangstelling staan.⁴ Dit zijn echter niet de enige EU FTA's. Na publicatie van de 'Global Europe-strategie' in 2006⁵ zijn de onderhandelingen afgerond voor verschillende FTA's 'nieuwe stijl': met Zuid-Korea,⁶ Singapore,⁷ Vietnam⁸ en Canada.⁹ Met andere landen, waaronder India, Japan en de VS, wordt nog onderhandeld.¹⁰ Het valt te verwachten dat het belang van dergelijke handelsakkoorden in de toekomst alleen maar toe zal nemen. De EU heeft immers een substantieel belang bij het uniform beheren van externe handelsbetrekkingen.¹¹

In de hiernavolgende bespreking zullen, hoewel eveneens naar andere FTA's wordt verwezen, de akkoorden met Zuid-Korea en Singapore centraal staan, nu deze al in werking zijn getreden respectievelijk verder uitgewerkt zijn en de FTA's met Vietnam en Canada, zoals hieronder nog aan de orde zal komen, een licht afwijkende systematiek kennen. Dit brengt ons bij de opzet van deze bijdrage. In § 2 gaan wij in op het internationaal- en Europeesrechtelijke karakter en de aard en werking van de verschillende FTA's. Daarna gaan wij achtereenvolgens in op de consequenties van EU FTA's voor grensoverschrijdende fusies en omzettingen (§ 3) en de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (§ 4). Er

¹ Titiaan Keijzer is als promovendus verbonden aan de sectie Ondernemingsrecht en Financieel Recht van de Erasmus School of Law en verbonden aan het Instituut voor Ondernemingsrecht (IvO) en het IvO Center for Financial Law & Governance (ICFG). Olivier Oost is masterstudent en student-assistent aan de Erasmus School of Law. Deze bijdrage is afgesloten per 15 maart 2017.

² Zie bijvoorbeeld N. Lavaranos, 'Het TTIP-verdrag: een Odyssee door onbekende wateren', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2016/1; P. Jansen, 'You can talk the talk, but can you walk the walk?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2015/10.

³ Zie wel K. Engsig Sørensen, 'Free Movement of Companies under the New EU Free Trade Agreements', *European Company Law* 2016/2; zie ook M. van de Hel-Koedoot & B.R.D. Hoebeke, 'De bescherming voor grensoverschrijdende investeerders op grond van bilaterale investeringsverdragen', *Onderneming & Financiering* 2013/4, slot.

⁴ Vgl. inzake TTIP onder veel meer *Kamerstukken II* 2015/16, 21501-02, 1551, p. 3. Voor wat betreft CETA, zie bijvoorbeeld R. Winkel, 'Wallonië bedingt veto op ratificatie van handelsverdrag CETA', *FD* 27 oktober 2016.

⁵ COM(2006)567. In dit document staan voor de EU belangrijke criteria vermeld voor het aangaan van FTA's.

⁶ Besluit 2011/265/EU (EU-Korea FTA), te raadplegen via <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=NL>.

⁷ EU-Singapore FTA, te raadplegen via <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

⁸ EU-Vietnam FTA, te raadplegen via <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.

⁹ EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), te raadplegen via http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

¹⁰ Voor een overzicht van de status van lopende onderhandelingen en het karakter van het te bereiken resultaat, zie http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf.

¹¹ In die zin N. Lavaranos, I. Elfilali, J.M. Luyckx & R. Niesink, 'Naar een nieuw EU-investeringsbeleid', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2013/5. Niet uit te sluiten valt bovendien dat de betrekkingen tussen de EU en het Verenigd Koninkrijk na de 'Brexit' worden vormgegeven in een FTA. Zie in die zin M. Garschagen, 'Drie opties voor de Britten', *NRC* 21 oktober 2016.

wordt afgesloten met enkele opmerkingen over de gevolgen van EU FTA's in relatie tot het in te voeren UBO-register (§ 5) en een conclusie (§ 6).

2. Aard en werking EU FTA's

2.1 Internationaalrechtelijke achtergrond FTA's

Internationaalrechtelijke handelsakkoorden, ook die afgesloten door de EU, verschillen naarmate van nagestreefde (economische of sociale) integratie. Zo zijn in het verleden vele bilaterale investeringsverdragen (*Bilateral Investments Treaties* of *BIT's*) tussen (thans) EU-lidstaten onderling en EU-lidstaten en derde landen afgesloten.¹² Gelet op hun formulering bevinden de FTA's 'nieuwe stijl' zich, anders dan eerdere BIT's, meer in de sfeer van het WTO-recht.¹³ Zij voorzien onder meer in een recht van vestiging: ondernemingen en rechtspersonen uit een ander Verdragsland dienen niet minder gunstig behandeld te worden dan een 'eigen' onderneming of rechtspersoon; zie nader § 2.4. De door de Europese Commissie (hierna: Commissie) afgesloten FTA's 'nieuwe stijl' hebben echter geen directe werking, wat veelal uit het akkoord zelf volgt.¹⁴ Dit is bijvoorbeeld het geval in de FTA's afgesloten met Singapore, Vietnam en Canada.¹⁵ In het verdrag met Zuid-Korea ontbreekt een dergelijke clausule. In het goedkeuringsbesluit van de Raad van de Europese Unie wordt echter in art. 8 opgemerkt dat de overeenkomst niet aldus uitgelegd dient te worden dat daaraan rechten kunnen worden ontleend of dat deze verplichtingen bevat waarop bij de rechterlijke instanties van de Unie of van de lidstaten een rechtstreeks beroep kan worden gedaan.¹⁶ De uitleg van EU FTA's wordt niet overgelaten aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). De FTA's voorzien veelal in *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) arbitrage of een (permanent) *Investment Court System* (ICS).¹⁷ Volgens zulke mechanismen kan een inves-

teerder een arbitragezaak beginnen tegen het Verdragsland dat de FTA schendt. Dergelijke arbitrage tribunalen kunnen geen prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EU.¹⁸ Een interpreterend Handelscomité kan wel, in de regel in het kader van geschilbeslechting, de betekenis van een bepaling aanbevelen of vaststellen.¹⁹ Nationale rechters, tot slot, kunnen (indirect) FTA's toepassen door het interpreteren daarvan, wanneer deze (zijdelings) aan de orde mochten komen in een 'reguliere' juridische procedure.

2.2 Het mandaat van de EU en de invulling daarvan door de Commissie

De gemeenschappelijke handelspolitiek is altijd een exclusieve bevoegdheid van de EU geweest.²⁰ De Commissie is echter pas de laatste jaren actiever bezig FTA's af te sluiten met derde landen. Dit vloeit voort uit de uitbreiding van de gemeenschappelijke handelspolitiek met directe buitenlandse investeringen (*Foreign Direct Investment* of FDI) in het Verdrag van Lissabon.²¹ Het afsluiten van FTA's krijgt voor de Commissie een hoge prioriteit.²² Over de vraag hoe- ver de (exclusieve) bevoegdheid van de Europese Unie reikt, verschillen overigens de opvattingen.²³ Wat betreft de EU-Singapore FTA heeft de Commissie daarom het HvJ EU om advies gevraagd.²⁴ Op het moment van schrijven waren deze vragen nog niet door het HvJ EU beantwoord. De vestiging van een onderneming wordt echter geacht onder het begrip directe buitenlandse investeringen te vallen.²⁵

- 12 Op laatstgenoemde BIT's is de Transitieverordening (Verordening (EU) nr. 1219/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 tot vaststelling van overgangsregelingen voor bilaterale investeringsbeschermingsovereenkomsten tussen lidstaten en derde landen) van toepassing, op grond waarvan de EU daarover de facto verregaande controle kan oefenen. Zie Lavranose.a. 2013. Wij laten het aspect van de BIT's verder buiten beschouwing.
- 13 Zie hierover A. Semertzi, 'The Preclusion of Direct Effect in the recently concluded EU Free Trade Agreements', *Common Market Law Review* 2014/4.
- 14 Semertzi 2014 merkt op dat het HvJ EU in het verleden aan FTA's in relatie tot EFTA-landen wel degelijk directe werking heeft toegekend. Daarom zouden zich verrassingen hebben kunnen voordien wanneer in FTA's nieuwe stijl directe werking niet zou zijn uitgesloten. In HvJ EG 23 november 1999, ECLI:EU:C:1999:574, C-149/96 blokkeerde het HvJ EG directe werking van WTO-overeenkomsten, voor zover deze niet zijn geïncorporeerd in het EU-recht.
- 15 Art. 17.15 EU-Singapore FTA; titel 17, art. X.19 EU-Vietnam FTA (dat een eenzijdige uitzonderingsoptie voor Vietnam bevat); art. 30.6 CETA.
- 16 *PbEU* 2011, L 127/1. Semertzi 2014 merkt op dat strikt genomen aan een eenzijdige verklaring van de Raad van de Europese Unie in het kader van een FTA weinig gewicht toe zou moeten komen, maar ziet het HvJ EU daar niet licht tegen ingaan.
- 17 Zie hoofdstuk 9 (Sectie B) van de EU-Singapore FTA (ISDS); de annex bij titel 8, hoofdstuk 2 van de EU-Vietnam FTA (ICS) en hoofdstuk 8 (Sectie F) van CETA (ICS). De EU-Korea FTA kent geen vorm van ISDS of ICS. Deze vorm van geschillenbescherming was en is onderwerp van veel kritiek. Zie over de achtergronden daarvan bijvoorbeeld M. Nolan, 'Challenges to the credibility of the investor-state arbitration system', *American University Business Law Review* 2016, p. 429-446.

- 18 Art. 267 VWEU. In dezelfde zin Engsig Sørensen 2016, p. 47, met nadere verwijzingen.
- 19 Zie wat betreft het instellen van een Handelscomité art. 15.1 lid 4 sub d EU-Korea FTA; art. 17.1 lid 4 sub d jo. art. 9.19 en art. 9.30 EU-Singapore FTA; art. 16 lid 4 jo. art. 34 lid 2 sub b EU-Vietnam FTA en art. 8.44 lid 3 jo. art. 8.31 lid 3 CETA.
- 20 Vergelijk art. 133 EG, thans art. 3 (1) (e) VWEU jo. art. 207 VWEU.
- 21 Art. 207 VWEU. Zie voor een uitgebreide bespreking van de verschillen tussen art. 133 EG en art. 207 VWEU met betrekking tot FDI J. Piris, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 281.
- 22 De Commissie had al langzaam maar zeker steeds meer bevoegdheden op het gebied van FTA's naar zich toe getrokken. Zie hiervoor bijvoorbeeld COM(2006) 567; COM(2010) 612, en een toespraak met betrekking tot de toekomstige handelsstrategie van de Commissie d.d. 23 maart 2015, te raadplegen op http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153265.pdf.
- 23 Nationale overheden, waaronder Nederland, gaan bijvoorbeeld niet onverkort mee in de benadering van de Commissie dat de bescherming van buitenlandse directe investeerders volledig onder de gemeenschappelijke handelspolitiek zou vallen. Zie in die zin *Kamerstukken II* 2011/12, 22112, 1452, p. 5.
- 24 Zie Verzoek om advies krachtens art. 218 lid 11 VWEU van de Commissie (Advies 2/15) (2015/C 363/22), *PbEU* 2015, C 363/18.
- 25 De Commissie hanteert een ruime definitie die alle buitenlandse investeringen omvat 'die blijvende en directe banden vestigen om kapitaal beschikbaar te stellen voor het uitoefenen van een economische activiteit'. Dit veronderstelt effectieve deelname aan het management van de onderneming of de controle daarop, COM(2010) 343 van 7 juli 2010, beschikbaar op http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf. Dit sluit aan bij HvJ EU 8 juli 2010, C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412. Het Duitse Bundesverfassungsgericht hanteert een definitie waarin FDI investeringen omvat die zijn gedaan met het oog op het verwerven van een *controlling interest* in een onderneming, zie Bundesverfassungsgericht 30 juni 2009, 2 BvE 2/08, § 379. Voor een bespreking van de verschillende interpretaties verwijzen wij naar N. Lavranos, 'New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law', *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* (9) 2010, p. 409-441.

2.3 Toegang tot EU FTA's

Er geldt bij de FTA's een onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Bij natuurlijke personen betreft het onderdanen van één van de verdragsstaten.²⁶ Het begrip rechtspersoon kent een ruim bereik.²⁷ Rechtspersonen moeten voor toegang tot de FTA's met Zuid-Korea en Singapore ten eerste geldig zijn opgericht volgens het recht van één van de Verdragslanden en daarnaast daar ook hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging hebben.²⁸ Voor de verdragen met Vietnam en Canada geldt als tweede vereiste dat in één van de Verdragslanden 'omvangrijke zakelijke transacties'²⁹ worden verricht.³⁰ Dit vereiste geldt echter evenzeer (dan als derde) onder de verdragen met Zuid-Korea en Singapore, wanneer een rechtspersoon enkel statutair in één van de Verdragslanden gevestigd is of daar enkel zijn hoofdbestuur heeft.³¹ Het begrip 'omvangrijke zakelijke transacties' heeft daarbij materieel dezelfde betekenis als het begrip 'daadwerkelijke en voortdurende band' met de economie van een lidstaat van de Europese Unie zoals dat wordt afgeleid uit de tekst van art. 54 VWEU.³² Indien een rechtspersoon aan de hiervoor genoemde oprichtings- en vestigingsvereisten voldoet, is voor toepassing van de FTA niet van belang door wie de aandelen in de rechtspersoon worden gehouden. Ook een niet naar het recht van een Verdragsland opgerichte rechtspersoon die voorwerp van eigendom of zeggenschap van natuurlijke personen of rechtspersonen uit die Verdragslanden is, heeft toegang tot

de FTA.³³ Dit is het geval als deze personen meer dan 50% van de aandelen in het kapitaal van de rechtspersoon bezitten, bevoegd zijn een meerderheid van de bestuurders van de rechtspersoon te benoemen³⁴ of anderszins de handelingen van de rechtspersoon kunnen sturen. De Engelse versies van de FTA's hanteren de term 'director'. Aldus lijkt in een monistisch bestuursmodel de mogelijkheid om niet-uitvoerende bestuurders te benoemen ook relevant en kan betoogd worden dat, mede gelet op de gelijkenis met art. 2:24a BW, de mogelijkheid om in een dualistisch bestuursmodel commissarissen te benoemen eveneens van belang is. Voor wat betreft de restcategorie ('anderszins handelingen van de rechtspersoon kunnen sturen') kan inzake Nederlandse vennootschappen ook worden gedacht aan een eventuele statutaire bevoegdheid het bestuur instructies te verstrekken omtrent de algemene lijnen van het beleid, op basis van art. 2:129/2:239 lid 4 BW.³⁵ Vast staat dit echter niet.

2.4 Vestigingsrecht op grond van een FTA

De EU FTA's voorzien als gezegd onder meer in een recht op vestiging: ondernemingen en rechtspersonen uit een ander Verdragsland dienen, wanneer de activiteit onder het verdrag valt,³⁶ niet minder gunstig te worden behandeld dan 'eigen' ondernemingen en rechtspersonen. Het aspect van gelijkheid kan vanuit formeel en materieel oogpunt worden benaderd. In dit verband is interessant dat de gerealiseerde concurrentievoorwaarden in de FTA's met Zuid-Korea en Singapore in ieder geval in materiële zin gelijk dienen te zijn.³⁷ Het recht van vestiging ziet op (i) het oprichten, overnemen of handhaven van een rechtspersoon (zie § 2.3); of (ii) het oprichten of handhaven van een filiaal of vertegenwoordiger, met als doel het uitvoeren van een economische activiteit.³⁸

In de FTA's met Zuid-Korea en Singapore is voor categorie (i) voldoende dat wordt deelgenomen in het kapitaal met als oogmerk het bewerkstelligen of onderhouden van een

26 Maatregelen omtrent visa en dergelijke worden in de verdragen met Korea, Singapore en Vietnam echter geacht de FTA-voordelen niet te verminderen.

27 Het begrip is in de EU-Korea FTA gedefinieerd als "(...) elke juridische eenheid (...) met winst- of andere oogmerken, (...) met inbegrip van alle vennootschappen, trusts, maatschappen, joint ventures, eenmanszaken of verenigingen" (art. 7.2 (e) EU-Korea FTA). In het verdrag met Singapore (art. 8.2 (b) EU-Singapore FTA) is een vergelijkbare definitie opgenomen. De verdragen met Canada en Vietnam hanteren (mede) het begrip 'onderneming' (zie art. 1.1 en 8.1 CETA; titel 8, hoofdstuk 1, eerste artikel, lid 4, onder b EU-Vietnam FTA), waar een vennootschap onder wordt geschaard. Engsig Sørensen 2016 wijst erop dat de FTA-norm ruimer lijkt dan art. 54 VWEU, omdat onder eerstgenoemde ook rechtspersonen zonder winst-oogmerk zouden kunnen vallen. Hoewel art. 7.9 (a) EU-Korea FTA voor vestiging vereist dat het doel is om een economische activiteit uit te voeren (vgl. art. 8.8(d) EU-Singapore FTA) kan inderdaad betoogd worden dat sprake is van een verschil in benadering: onder een 'economische activiteit' wordt verstaan (art. 7.9 (c) EU-Korea FTA en art. 8.8 (b) EU-Singapore FTA) "(...) alle economische activiteiten behoudens activiteiten die worden uitgevoerd in het kader van de uitoefening van overheidsgezag (...)".

28 Art. 7.2 (f) EU-Korea FTA; vgl. art. 8.2 (c) EU-Singapore FTA.

29 Dit begrip vindt men terug in art. V lid 6 van de GATS.

30 Titel 8, hoofdstuk 1, eerste artikel, lid 4 onder c van het EU-Vietnam FTA; art. 8.1 CETA.

31 De opname van het laatstgenoemde aanknopingspunt heeft mogelijk te maken met de ruime definitie van het begrip 'rechtspersoon', waaronder ook personenvennootschappen zonder zetel zouden kunnen vallen. Zie A.J.S.M. Tervoort, *Het Nederlandse personenvennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, § 9.1.1. Wij laten de personenvennootschap voor het vervolg van deze bijdrage buiten beschouwing.

32 Voetnoot 6 bij art. 7.2 EU-Korea FTA. Hetzelfde wordt opgemerkt in de EU-Singapore FTA (voetnoot 3 bij art. 8.2 sub c). Interessant is dat het begrip 'omvangrijke zakelijke transacties' niet in de tekst van art. 54 VWEU staat. Het is afkomstig uit het *Algemeen Programma voor de opheffing van de beperkingen van het vrij verrichten van diensten*, PbEG 002 van 15 januari 1962. Hierin is de voorwaarde opgenomen dat, als een vennootschap slechts haar statutaire zetel in de Gemeenschap heeft, haar werkzaamheden 'daadwerkelijk en duurzaam' verband moeten houden met de economie van een lidstaat, wil zij recht hebben op de opheffing van de beperkingen van het vrij verrichten van diensten.

33 Art. 7.2 (f) (ii) EU-Korea FTA. Voor de vergelijkbare bepaling in de EU-Singapore FTA, CETA en de EU-Vietnam FTA zie respectievelijk art. 8.2 (c) (ii), art. 8.1 en Titel 8, hoofdstuk 1, eerste artikel, lid 4 onder p.

34 Deze criteria komen overeen met het begrip dochtermaatschappij, zoals voor Nederland neergelegd in art. 2:24a BW.

35 Over de (zin en onzin van de) hier aangehaalde bepalingen M.L. Lennarts, 'Een nieuwe regeling van het instructierecht: Het gaat om de inhoud, niet om de vorm!', *Onderneming & Financiering* 2005/1.

36 Bepaalde sectoren (bijvoorbeeld de nucleaire-, wapen- en audiovisuele industrie) vallen buiten de werkingssfeer van de verdragen; zie art. 7.10 EU-Korea FTA, art. 8.9 EU-Singapore FTA, titel 8, hoofdstuk 2, art. 1 EU-Vietnam FTA en art. 8.2 CETA (dat minder uitzonderingen kent). Op het vlak van markttoegang zijn eveneens beperkingen mogelijk; vgl. art. 7.11 EU-Korea FTA; art. 8.10 EU-Singapore FTA; titel 8, hoofdstuk 2, art. 2 EU-Vietnam FTA, art. 8.4 CETA.

37 In die zin art. 7.12 (1), (2) en (3) EU-Korea FTA; vgl. art. 8.11 (1), (2) en (3) EU-Singapore FTA. Zie over gelijke behandeling eveneens Vietnam (titel 8, hoofdstuk 2, art. 3 EU-Vietnam FTA) en Canada (art. 8.6 CETA).

38 Art. 7.9 (a) EU-Korea FTA. Voor de vergelijkbare bepaling in de FTA's met Singapore, Vietnam en Canada zie respectievelijk art. 8.8 (d); titel 8, hoofdstuk 1, eerste artikel, lid 4 onder p (zie wel voetnoot 7); en art. 8.1. Van 'economische activiteit' wordt een definitie gegeven in art. 7.9 (c) EU-Korea FTA (art. 8.8 (b) EU-Singapore FTA): "(...) alle economische activiteiten behoudens (...) die (...) uitgevoerd in het kader van (...) overheidsgezag (...)".

duurzame economische band.³⁹ In art. 49 VWEU wordt van 'beheer' van ondernemingen gesproken, wat door het HvJ EU wordt uitgelegd als het hebben van een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald.⁴⁰ Hoewel beide benaderingen in dezelfde richting wijzen, kan betoogd worden dat de FTA's op dit punt (onderhouden duurzame economische band versus bepalen van besluitvorming en activiteiten) een ietwat soepeler criterium kennen.⁴¹ Met het oog op categorie (ii) wordt het begrip filiaal⁴² in de EU-Zuid-Korea FTA gedefinieerd als 'een vestiging zonder rechtspersoonlijkheid die kennelijk een permanent karakter bezit'.⁴³ Vereist is dat het filiaal (a) een eigen management heeft; (b) over de nodige materiële voorzieningen beschikt om zaken te doen met derden (zoals crediteuren); (c) zodanig dat die geen rechtstreeks contact met het hoofdhuis behoeven te hebben. Vanuit Europese optiek lijkt er enige verwantschap te bestaan met het vestigingsbegrip onder de Insolventieverordening.⁴⁴ In *Interdil* oordeelde het HvJ EU dat als vestiging in de zin van (straks art. 2 lid 10 IVO, nu) art. 2 sub h IVO wordt gezien elke plaats van handeling waar de schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is, waarvoor sprake dient te zijn van structuur met een minimum aan organisatie en een zekere stabiliteit voor de uitoefening van een economische activiteit. Zulks wordt naar objectieve feiten en omstandigheden beoordeeld.⁴⁵ Onduidelijk is hoe de temporele componenten (permanent/niet tijdelijk) zich tot elkaar verhouden en hoe de hierboven beschreven Europese noties doorwerken in de uitleg van de FTA.

3. Grensoverschrijdende fusie en omzetting

3.1 Grensoverschrijdende fusie en omzetting intra-EU

Op grond van art. 49 en 54 VWEU kunnen (enkel) vennootschappen, opgericht naar het recht van een lidstaat van de EU, waarvan de statutaire zetel of het hoofdbestuur of de hoofdvestiging zich in een lidstaat bevindt, zich beroepen op de vrijheid van vestiging. Uitingen hiervan zijn een grensover-

schrijdende omzetting en een grensoverschrijdende fusie. Het recht omtrent laatstgenoemde is geharmoniseerd via Richtlijn 2005/56/EG. De daaruit voortvloeiende voorschriften zijn voor Nederland neergelegd in art. 2:333b – 2:333l BW.⁴⁶

Uit de vrijheid van vestiging vloeit echter niet onverkort voort dat vennootschappen hun bestuurs- of werkelijke zetel naar een andere lidstaat kunnen verplaatsen. Lidstaten mogen ontbinding en vereffening van een vennootschap eisen indien het aanknopingspunt voor het bestaan naar en toepassing van nationaal recht verloren gaat, zo volgt uit *Cartesio*. Er geldt geen rangorde tussen de verschillende aanknopingspunten.⁴⁷ Voor de incorporatieleer vormt de oprichting van een vennootschap het aanknopingspunt (statutaire zetel); voor wat betreft de werkelijke zetelleer geldt dat zowel de statutaire als de werkelijke zetel (dit is (veelal) de locatie van het hoofdbestuur) zich in dezelfde lidstaat dient te bevinden.⁴⁸ In *Cartesio* oordeelde het HvJ EU dat voor lidstaten in beginsel geen verplichting bestaat om voor een uitreizende vennootschap grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel toe te staan; of een vennootschap in dit opzicht aanspraak kan maken op de vrijheid van vestiging wordt bepaald naar nationaal recht. Het HvJ EU formuleert echter een belangrijke uitzondering op deze regel: het voorgaande geldt alleen ten aanzien van zetelverplaatsing zonder behoud van rechtspersoonlijkheid. Indien een vennootschap, op grond van een regeling van de ontvangende lidstaat, omgezet kan worden in een rechtsvorm naar nationaal recht, dient de (oude) vertrekstaat de zetelverplaatsing wél te erkennen (*grensoverschrijdende outbound-omzetting*). Dit kan anders zijn, voor zover dwingende redenen van algemeen belang – zoals rechten van minderheidsaandeelhouders en/of crediteuren – daartoe nopen. De *Cartesio*-uitspraak liet echter de vraag open hoe de lidstaat van ontvangst om diende te gaan met een *grensoverschrijdende inbound-omzetting*.⁴⁹ In *Vale* oordeelde het

39 Aldus volgt uit voetnoot 12 van de EU-Korea FTA (bij art. 7.9) en voetnoot 8 (bij art. 8.8) van de EU-Singapore FTA.

40 HvJ EG 13 april 2000, C-251/98, ECLI:EU:C:2000:205 (*Baars*). Zie ook Engsig Sørensen 2016, p. 50.

41 Vergelijk ook nog het andersluidende criterium zoals neergelegd in art. 3 lid 6 sub a onder i en ii van de in § 5 te bespreken Vierde Anti-Witwasrichtlijn.

42 De positie van de vertegenwoordiger laten wij omwille van de lengte van het betoog verder rusten.

43 Art. 7.9 (e) EU-Korea FTA; vergelijk ook de eenvoudiger omschrijving van art. 8.8 (a) EU-Singapore FTA. In de FTA's met Vietnam en Canada ontbreekt een dergelijke definitie. Het begrip 'filiaal' van art. 49 VWEU is evenmin gedefinieerd.

44 Verordening 1346/2000/EG van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, te vervangen door Verordening 2015/848/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures. Zie inzake laatstgenoemde R.J. van Galen, 'De herziene Europese Insolventieverordening', *Ondernemingsrecht* 2017/3.

45 De louter aanwezigheid van individuele vermogensbestanddelen of bankrekeningen is in beginsel onvoldoende. Zie HvJ EU 15 december 2011, C-191/10, ECLI:EU:C:2011:671, NJ 2012/258, m.nt. Polak (*Interdil*), bevestigd in HvJ EU 4 september 2014, C-327/13, ECLI:EU:C:2014:2158, NJ 2016/287, m.nt. Veder (*Illochroma*).

46 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, *PbEU* 25 november 2005, L 310 en Wet van 27 juni 2008 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van Richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (*PbEU* L 310), *Stb.* 2008, 270. Wij laten de grensoverschrijdende aspecten van de SE hier verder buiten beschouwing.

47 HvJ EG 16 december 2008, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723, *JOR* 2009/35, m.nt. Vossestein, *Ondernemingsrecht* 2009/25, m.nt. J.N. Schutte-Veenstra (*Cartesio*), r.o. 105-110. Zie nader over het *Cartesio*-arrest onder andere J.B.S. Hijink & M.A. Verbrugh, *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio*, Deventer: Kluwer 2011, W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting volgens het *Cartesio*-arrest (I)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat & Registratie* 2010, 6840, W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting volgens het *Cartesio*-arrest (II, slot)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat & Registratie* 2010, 6841 en M.A. Verbrugh, 'Cartesio: baanbrekend of wegbereidend?', *SEW* 2009/11.

48 Zie nader over de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal vermogensrecht. Deel 10-III*, Deventer: Kluwer 2015, § 1-3. Nederland hanteert de incorporatieleer, zo volgt uit art. 10:118 BW.

49 Onder andere was de vraag opgekomen of op lidstaten de plicht rustte om inbound omzettingen toe te staan. Vgl. A.F.M. Dorresteyn & B. Verkerk, 'Nakaarten over *Cartesio* – grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting', *Onderneming & Financiering* 2009/2. Zie ook de annotatie van Vossestein in *JOR* 2009/35.

HvJ EU – kort gezegd – dat nationale regelingen omtrent interne omzetting (bijvoorbeeld van NV naar BV en vice versa) zoveel mogelijk (analoog) toegepast dienen te worden op een grensoverschrijdende omzetting.⁵⁰ De Nederlandse wetgever heeft in het licht van deze jurisprudentie geconcludeerd dat de interne omzettingsregeling, neergelegd in art. 2:18 BW⁵¹, niet langer voldoet,⁵² terwijl onduidelijk is of een EU-richtlijn betreffende grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel (en daarmee omzetting) spoedig het levenslicht zal zien.⁵³ Er is daarom een Voorontwerp in consultatie gegeven dat expliciet ziet op grensoverschrijdende omzetting (het Voorontwerp).⁵⁴ Sommige lidstaten kennen reeds een dergelijke regeling.⁵⁵

3.2 Grensoverschrijdende fusie en omzetting op grond van een EU FTA?

Kan een beroep op de genoemde structuurwijzigingen worden afgedwongen door vennootschappen, opgericht naar het recht van een Verdragsland bij een FTA?⁵⁶ Betoogd kan worden dat de grensoverschrijdende omzetting gezien moet worden als 'oprichting' en een (verkrijgende) grensoverschrijdende fusie als 'overname', hoewel dat taalkundig niet evident is. In beide situaties is dan wellicht ook sprake van een 'investering' (waar een onderneming onder valt). Gezien de strekking van de hier besproken EU FTA's, zijnde het creëren van een (in voorkomende gevallen: materieel) gelijk speelveld en gelijke concurrentiemogelijkheden tussen ondernemingen en rechtspersonen naar het recht van de verschillende FTA-landen (§ 2.4), lijkt een dergelijke faciliteren-

de benadering evenmin onredelijk.⁵⁷ Het ligt in de rede dat de concurrentiekracht van een onderneming (in relatieve zin) achterblijft, indien haar mogelijkheden tot vennootschapsrechtelijke reorganisatie beperkt worden.⁵⁸ De alhier besproken FTA's bevatten overigens op dit punt geen toelichting.⁵⁹ Zoals echter in § 2.1 is opgemerkt, komt aan EU FTA's geen directe werking toe. Strijdige nationale bepalingen kunnen derhalve niet met een beroep op de FTA opzij worden gezet. In die zin scheppen FTA's geen recht van vertrek voor een vennootschap.⁶⁰ Een grensoverschrijdende fusie of omzetting naar een derde land enkel op basis van een FTA lijkt daarom naar geldend recht niet mogelijk. Dit zou wellicht anders zijn geweest wanneer aan FTA's wél directe werking toe zou komen, en dan specifiek voor een vennootschap naar het recht van een EU-lidstaat die reeds een wettelijke regeling tot grensoverschrijdende fusie (in beginsel alle lidstaten) of omzetting kent. Aan zulke structuurwijzigingen zou dan een beroep op het door sommige FTA's gegarandeerde recht van (materieel) gelijke behandeling ten grondslag gelegd kunnen worden. Daarentegen kan betoogd worden dat de huidige stand van zaken Verdragslanden onder druk zet om bestaande nationale regelingen voor grensoverschrijdende fusies en omzettingen uit te breiden naar derde landen, vanuit de gedachte dat zij anders mogelijk een situatie handhaven die materieel op gespannen voet met de FTA staat. De spanning tussen een FTA en de nationale omzettingsregeling zou eventueel nog aan de orde kunnen komen in een ISDS- of ICS-procedure.

In verschillende consultatiereacties bij het Voorontwerp werd de wens geuit om het toepassingsbereik van een regeling inzake grensoverschrijdende omzetting niet te beperken tot vennootschappen afkomstig uit EU/EER-lidstaten, maar uit te breiden naar derde landen. Vooruitkijkend kan gesteld worden dat, gelet op het door sommige FTA's gegarandeerde recht van materieel gelijke behandeling, deze faciliterende benadering wenselijk lijkt.

4. Consequenties van EU FTA's voor de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

4.1 Juridisch kader Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen

Het in de door de EU afgesloten FTA's gegarandeerde recht van vrije vestiging houdt als gezegd in dat ondernemin-

50 HvJ EU 12 juli 2012, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440, JOR 2012/285, m.nt. Vossestein (Vale); vgl. over deze uitspraak onder andere E.R. Roelofs, 'Het Vale-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2012, 6950. Opgemerkt is ook wel dat veel van het voorbereidende werk door het HvJ EG reeds was verricht in Sevic; in die zin bijvoorbeeld M.J. Kroeze, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel 2-I**, Deventer: Kluwer 2015, § 372.

51 Op de NV en de BV zijn voorts onder andere art. 2:71 en 2:72 resp. art. 2:181-2:183 BW van toepassing.

52 Voor verplaatsing van de statutaire zetel in bijzondere omstandigheden (oorlogssituaties) zijn wel regelingen getroffen. In dat verband kan gewezen worden op de Rijkswet Vrijwillige Zetelverplaatsing van rechtspersonen, *Stb.* 1967, 161, de Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen, *Stb.* 1967, 162 (onvrijwillig) en de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen, *Stb.* 1994, 800. In specifieke gevallen is maatwerk mogelijk; zie bijvoorbeeld de Wet van 23 januari 1974 tot voortbestaan van de Compania Shell de Venezuela Limited als Nederlandse vennootschap, *Stb.* 1974, 22.

53 De Commissie hoopte in SP (2012)260/2 nog dat "The Commission's reflections on future action regarding the cross-border transfer of registered offices should be finalised in the course of this year." Zie ook art. 53 in het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (codificatie), COM (2015) 616.

54 Zie over het Voorontwerp H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, '(Half) communicerende ondernemingsvormen', *Ondernemingsrecht* 2014/3, H.E. Boschma, 'De rechtsvorm van de onderneming in beweging', *Ondernemingsrecht* 2013/72 en H. Koster & J.L. van de Streek, 'Naar wetgeving voor cross-border omzettingen', *Weekblad Fiscaal Recht* 2015/1274.

55 Zie voor een overzicht van de stand van zaken per 2012 Annex I, p. 37 van de *European Added Value Assessment* behorende bij een mogelijke 14^e Richtlijn. Opgemerkt zij dat niet altijd een duidelijk onderscheid wordt aangebracht tussen inbound en outbound grensoverschrijdende omzetting.

56 Indien Verdragslanden de incorporatieleer hanteren zal in ieder geval de werkelijke zetel verplaatst kunnen worden.

57 Vergelijk W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing na het VALE-arrest', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat & Registratie* 2013/6981. Anders Engsig Sørensen 2016, p. 50. Wij hebben op dit onderdeel een voorkeur voor een in beginsel faciliterend ondernemingsrecht; vgl. daarover (in het algemeen) B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, § 1.

58 E. Ferran, 'Corporate Mobility and Company Law', *The Modern Law Review* 2016/5.

59 Ondernemingen profiteren onder een FTA niet, zoals in de EU wel het geval is, van de aanwezigheid van een op (economische) integratie gericht interpreterend lichaam (in die zin over het HvJ EU A. Jones & J. Davies, 'Merger control and public interest: balancing EU and national law in the protection debate', *European Competition Journal* 2014/3). Gelet op de bevoegdheden van Verdragspartijen om, in het kader van ISDS of ICS, een FTA via het Handelscomité te interpreteren is overigens niet uitgesloten dat inzake grensoverschrijdende fusies en omzettingen in de toekomst meer helderheid ontstaat. Zie ook § 2.1.

60 Vgl. Engsig Sørensen 2016, p. 52.

gen en rechtspersonen uit FTA-landen op dezelfde wijze behandeld dienen te worden als inheemse. Daarmee komt vanuit Nederlands perspectief de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (Wfbv) in beeld.⁶¹ Daarin zijn voor kapitaalvennootschappen opgericht naar buitenlands recht, wier werkzaamheden (nagenoeg) geheel in Nederland plaatsvinden en zonder dat zij een werkelijke band met het land van oprichting hebben, aanvullende verplichtingen neergelegd. Deze verplichtingen zien op de inschrijving bij de KvK en de externe communicatie⁶², alsmede voorschriften tot bescherming van crediteuren⁶³ en regels voor het opmaken van de jaarrekening.⁶⁴ Niet nakoming kan leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders en beleidsbepalers. Ook is in strafrechtelijke sancties voorzien.⁶⁵ Overigens moet worden opgemerkt dat de Wet Flex-BV, door het vervallen van de minimumkapitaaleis, het bestaansrecht van de Wfbv in zekere zin heeft aangetaast en dat de invloed van de Wfbv in EU-verband reeds substantieel verminderd is. Nadat op grond van eerdere jurisprudentie van het HvJ EU (*Centros*⁶⁶) reeds vraagtekens bij de Europeesrechtelijke houdbaarheid⁶⁷ van de Wfbv geplaatst konden worden, is de Wfbv na *Inspire Art*⁶⁸ via een nieuw art. 1 lid 2 Wfbv buiten toepassing verklaard ten aanzien van vennootschappen opgericht naar het recht van de EU of de EER.⁶⁹

61 Wet van 17 december 1997, houdende regels met betrekking tot naar buitenlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschappen die hun werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verrichten en geen werkelijke band hebben met de staat naar welks recht zij zijn opgericht, *Stb.* 1997, 697. Recent mocht de Wfbv zich nog op aandacht verheugen in G.N.H. Kemperink & K.H.M. de Roo, 'Mylan and beyond: de positie van de Nederlandse beschermingsstichting van de beursgenoteerde vennootschap met meervoudige nationaliteit', *Ondernemingsrecht* 2016/55, A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink & L. in 't Veld, 'Een bom onder het Nederlandse incorporatiestelsel?', *Ondernemingsrecht* 2016/91 en G.N.H. Kemperink & K.H.M. de Roo, 'De bom, de gifpil en het incorporatiestelsel', *Ondernemingsrecht* 2016/93.

62 Uit art. 2 Wfbv vloeit bijvoorbeeld voort dat de rechtspersoon zich als formeel buitenlandse vennootschap bij het handelsregister dient in te schrijven. Art. 3 Wfbv bepaalt onder meer dat geschreven dienen te vermelden dat het een formeel buitenlandse vennootschap betreft.

63 Door verwijzing naar art. 2:9 BW, art. 2:216 lid 3 BW en art. 2:248 BW.

64 Via art. 2:10 BW en titel 9 van Boek 2 BW.

65 Zie art. 7 Wfbv respectievelijk art. 342 sub 3 en art. 343 sub 4 van het Wetboek van Strafrecht; zie ook art. 1 sub 4 van de Wet op de economische delicten.

66 HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 (*Centros*). Schutte-Veenstra had dan ook in een annotatie in *Ondernemingsrecht* 1999/48 en een bijdrage (J.N. Schutte-Veenstra, 'De betekenis van het Centros-arrest voor de WFBV', *Ondernemingsrecht* 2003/5) reeds onder de aandacht gebracht dat de Wfbv zich niet goed verhiel tot de toenmalige artikelen 52 en 58 EG. Vlas en Van Solinge kwamen in hun annotaties in respectievelijk *NJ* 2000/48 en *JOR* 1999/117 overigens tot de conclusie dat de Wfbv de toets der kritiek zou kunnen doorstaan, nu de Wfbv niet de inschrijving van een buitenlandse corporatie zou weigeren, maar deze slechts aan bepaalde voorwaarden zou verbinden teneinde misbruik tegen te gaan, hetgeen aan zou sluiten bij het ook in Centros geoorloofd geachte doel van fraudebestrijding.

67 Voor zover de door de Wfbv opgelegde informatieverplichtingen niet zijn voorgeschreven door de 11^e EG-Richtlijn.

68 HvJ EG 30 september 2003, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, *JOR* 2003/249, m.nt. Vossestein, *Ondernemingsrecht* 2003/47, m.nt. Schutte-Veenstra (*Inspire Art*).

69 Wet van 28 april 2005 tot wijziging van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen, *Stb.* 2005, 230. Art. 6 Wfbv blijft echter van toepassing op EU-/EER-vennootschappen.

4.2 Consequenties van EU FTA's

De lijn van de jurisprudentie van het HvJ EU volgend kan betoogd worden dat vennootschappen opgericht naar het recht van een staat, zijnde partij bij een van de hier besproken nieuwe FTA's, uitgezonderd dienen te worden van voorschriften voor zover die niet voor Nederlandse vennootschappen gelden, ervan uitgaande dat redenen van algemeen belang (bijvoorbeeld de belangen van minderheidsaandeelhouders en crediteuren) zich daar niet tegen verzetten. Dit volgt met name uit het recht op een (materieel) gelijke behandeling. De vereisten gesteld aan inschrijving bij het handelsregister (art. 2 Wfbv), correspondentie (art. 3 Wfbv) en het potentieel zwaardere aansprakelijkheidsregime van art. 7 Wfbv⁷⁰ lijken met voornoemd gelijkheidsidee strijdig.

In de regel geldt in de FTA's als eis dat in de Verdragslanden 'omvangrijke zakelijke transacties' worden verricht. In de FTA's met Zuid-Korea en Singapore is (zoals gezegd) eveneens bepaald dat vennootschappen die voorwerp van eigendom of zeggenschap van natuurlijke personen en rechtspersonen uit Verdragslanden zijn, ook toegang hebben tot de FTA. Er lijkt in die benadering geen spanning bestaan met de toepasselijkheid van de Wfbv.⁷¹ Zoals in § 2.1 uiteen is gezet (vgl. eveneens § 3), komt aan de FTA's geen directe werking toe. Ook op het vlak van de Wfbv hebben EU FTA's derhalve in beginsel geen directe praktische consequenties. Met het oog op het realiseren van een materieel gelijk speelveld komt de Wfbv steeds verder onder druk te staan. Het valt niet te verwachten dat dit spoedig anders zal worden. De vraag naar het bestaansrecht van de Wfbv werd reeds gesteld na het *Inspire Art*-arrest.⁷² De Wfbv heeft sindsdien niet tot grootschalige problemen geleid. Desondanks achten wij het de moeite waard een uitzondering voor 'FTA-vennootschappen' in de Wfbv op te nemen.

5. Consequenties van EU FTA's voor de effectiviteit van het UBO-register

5.1 Het UBO-register

Op grond van de Vierde Anti-Witwasrichtlijn (de Richtlijn) dienen alle lidstaten er zorg voor te dragen dat op hun grondgebied opgerichte vennootschappen en andere juridische entiteiten informatie inwinnen en bijhouden over hun uiteindelijk begunstigten ('Ultimate Beneficial Owner',

70 Dat niet enkel ziet op feitelijk beleidsbepalers die de statutair bestuurders terzijde schuiven, maar reeds geldt voor dagelijks beleidsbepalers. Zie hierover bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 18 oktober 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ1561, *JOR* 2007/33.

71 In die zin ook Engsig 2016, p. 48. Het woord 'respectievelijk' zorgt hier wel voor verwarring: de tekst kan ook zo gelezen worden dat in het oprichtingsland omvangrijke zakelijke transacties vereist zijn. In dat geval is de vraag of de FTA's niet op zichzelf al gebruikmaking van een 'formeel buitenlandse vennootschap' uitsluiten.

72 In die richting bijvoorbeeld (naar aanleiding van HvJ EG *Inspire Art*) J.B. Huizink, 'Het einde van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2003/6 ('Dit is de doodsteek van de Wfbv.') en M. Zilinsky, 'Het arrest Inspire Art: het einde van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat & Registratie* 2003, 6558.

UBO).⁷³ In het UBO-register wordt onder andere opgenomen informatie omtrent nationaliteit en de woonstaat van de uiteindelijk begunstigde en de aard en de omvang van het gehouden belang.⁷⁴ Uiteindelijk begunstigde is een natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over een juridische entiteit.⁷⁵ Dit kunnen meerdere personen zijn. Het begrip omvat in ieder geval degene die een toereikend deel van de aandelen of stemrechten houdt; een indicatie van toereikend eigendom is een (direct of indirect) aandelenbelang van ten minste 25%.⁷⁶ Het UBO-register moet belastingontduiking, witwassen en het financieren van terrorisme tegengaan door het moeilijker te maken zich achter een vennootschapsrechtelijke structuur te verbergen.⁷⁷ Gevreesd wordt echter dat criminelen, terroristen en witwassers er zorg voor zullen dragen niet in het register vermeld te worden, en dat slechts bonafide aandeelhouders geraakt worden in hun privacy.⁷⁸ In de literatuur is wel gewaarschuwd voor een kapitaalvlucht.⁷⁹ Deze kapitaalvlucht kan verschillende vormen aannemen. Er zou bijvoorbeeld kunnen worden uitgeweken naar een trust naar het recht van het Verenigd Koninkrijk. Dat land wist (vóór de 'Brexit') te bedingen dat het UBO-register voor dergelijke trusts slechts toegankelijk zal zijn voor overheidsinstanties en opsporingsdiensten.⁸⁰

5.2 FTA's en het UBO-register

De door de EU afgesloten FTA's lijken mogelijkheden te bieden tot het ontwijken van de Richtlijn. De Richtlijn ziet immers enkel op vennootschappen (en andere juridische entiteiten) die zijn opgericht binnen het grondgebied van een EU-lidstaat. In een eerdere versie werd nog gesproken

van 'binnen het grondgebied gevestigde rechtspersonen'.⁸¹ Rechtspersonen die niet binnen de EU zijn opgericht kunnen een filiaal in een EU-lidstaat openen of, voor zover het internationale privaatrecht van het desbetreffende Verdragsland zulks toestaat, hun werkelijke zetel naar een EU-land verplaatsen, zonder onder de reikwijdte van de Richtlijn te vallen. Een Nederlandse investeerder (natuurlijk persoon) kan omgekeerd in voorkomende gevallen toepassing van de Richtlijn voorkomen door aandeelhouderschap of het anderszins (vergelijk de hierboven genoemde benoemings- en instructierechten) controleren van een onderneming of rechtspersoon, opgericht naar het recht van een FTA-partij.⁸² Dergelijke buitenlandse ondernemingen en rechtspersonen dienen, zo kwam in § 2 aan de orde, onder FTA's immers in verregaande mate gelijkgesteld te worden met nationale ondernemingen en rechtspersonen. Zo ontstaat een enigszins paradoxale situatie: wat de EU met de ene hand neemt, geeft zij met de andere hand – tegelijkertijd, en wellicht zelfs met een toeslag – terug. Vanuit een antimisbruikperspectief was handhaving van de eerdere formulering van de Richtlijn, dat de rechtspersoon *gevestigd* moet zijn in een EU-lidstaat, logischer geweest.

6. Conclusie

In deze bijdrage stond de invloed van door de EU afgesloten FTA's op het Nederlandse ondernemingsrecht centraal. De FTA's voorzien voor kwalificerende ondernemingen en rechtspersonen in een recht op vestiging, waarbij een rechtspersoon of onderneming uit een Verdragsland niet (in voorkomende gevallen: materieel) minder gunstig mag worden behandeld dan een naar nationaal recht opgerichte rechtspersoon of onderneming. Wij hebben enkele mogelijke gevolgen hiervan voor het Nederlandse ondernemingsrecht behandeld op de gebieden van grensoverschrijdende fusies en omzettingen, de Wfbv en het UBO-register. Uit onze bespreking blijkt dat de betekenis van begrippen in de FTA's niet altijd vaststaat.

Hoewel de FTA's geen directe werking kennen, verwachten wij dat zij wel een zekere druk op nationale wetgevers leggen. Voor de Nederlandse situatie kan dit betekenen dat de wetgever besluit te voorzien in een uitbreiding van de mogelijkheden voor grensoverschrijdende fusies en omzettingen naar andere landen dan EU-lidstaten, zijnde FTA-landen. Wij zouden een dergelijke uitbreiding toejuichen.

73 Art. 30 lid 1, Richtlijn 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, *PbEU* L 141/73. Zie over de implementatie van het UBO-register in Nederland (een aspect dat wij verder buiten beschouwing laten) W. Bosse, 'Het Nederlandse UBO-register en centraal aandeelhoudersregister', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016, 7117 en *Kamerstukken II* 2015/16, 31 477, nr. 10.

74 Art. 30 lid 5 Richtlijn 2015/849.

75 Art. 3 lid 6 Richtlijn 2015/849. Straks geïmplementeerd als 'uiteindelijk belanghebbende' in art. 1 van de Handelsregisterwet 2007, zie de Consultatieversie van de Implementatiewet, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/implementatiewetregistratieuiteindelijkbelanghebbenden.

76 Voor andere indicatoren wordt verwezen naar art. 22 van Richtlijn 2013/34/EU (Richtlijn Jaarrekening). Hierin staat bijvoorbeeld genoemd het recht om de meerderheid van de bestuurders of toezichthouders te benoemen of ontslaan, en het recht om een overheersende invloed uit te oefenen op de onderneming krachtens een overeenkomst of een bepaling in de statuten.

77 Overweging (14) bij Richtlijn 2015/849.

78 Vgl. J. C. Roeleveld, 'Hoe zijt gij doorgebroken', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2016/04 en S. van der Hoeven & T.R.A. Wondollock, 'Het UBO-register; privacybelangen op losse schroeven', *Bedrijfsjuridische Berichten* 2015/69. Zie ook H. Maarsen, 'Familiebedrijven dreigen te vluchten in Anglo-Amerikaanse trusts', *Financieel Dagblad* 9 maart 2016. Over de beperkte meerwaarde van het UBO-register ook R.J. de Doelder en M. Elmas, 'De Vierde Anti-witwasrichtlijn', in: C.A. Wielinga e.a. (red.), *Jaarboek Compliance* 2016, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut, p. 223-238.

79 J.C. Roeleveld, 'Then came the rules', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2015/07/08.

80 Zie art. 31 lid 3 Richtlijn 2015/849, de beperking dat informatie bijgehouden dient te worden in een centraal register wanneer aan de trust *fiscale* gevolgen verbonden zijn en de daaraan gerelateerde 'kan-bepaling' in lid 4; zie ook COM(2016) 450.

81 Art. 29 lid 1 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme van 5 februari 2013, 2013/0025(COD). Zie J. W. A. Schenk & M. Nagtegaal, 'Het UBO-register: het publiek als opsporingsambtenaar', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2015/4. De expliciete keuze voor de incorporatiegedachte lijkt een drempel op te werpen tegen het, op grond van een gelijkheidsbenadering, opleggen van UBO-verplichtingen aan ondernemingen en rechtspersonen uit Verdragslanden.

82 Een en ander uiteraard voor zover aan de andere vereisten van de FTA's is voldaan. Vgl. ook voetnoot 71.

De vraag naar het bestaansrecht van de Wfbv kan door de afgesloten FTA's, in ieder geval op de langere termijn, opnieuw aan de orde komen. Vennootschappen uit een Verdragsland dienen (materieel) gelijk behandeld te worden; enkele Wfbv-bepalingen (art. 2, 3 en 7) lijken met dat idee strijdig. Een uitzondering voor 'FTA-vennootschappen' in de Wfbv kan het overwegen waard zijn.

Voor het UBO-register kan opgemerkt worden dat de door de EU afgesloten FTA's de effectiviteit daarvan kan uithollen, doordat de Richtlijn niet ziet op vennootschappen opgericht naar het recht van niet-Europese FTA-landen. Tegelijkertijd komt dergelijke vennootschappen op grond van de FTA wel een recht op gelijke behandeling toe. Afgevraagd kan worden of dergelijke initiatieven tot regulering van buitenlandse dochtervennootschappen niet op gespannen voet met elkaar staan. Als gezegd zou het aldus bezien logischer zijn geweest om het UBO-register een breder karakter te geven, volgens de lijn van het eerdere Richtlijnvoorstel.

Geconcludeerd mag worden dat de door de EU afgesloten FTA's 'nieuwe stijl' de wetgever voor de ook ondernemingsrechtelijke keuze stellen daadwerkelijk te voorzien in een gelijke behandeling van rechtspersonen en ondernemingen afkomstig uit Verdragslanden. Wij zijn benieuwd of hij op de langere termijn daadwerkelijk bereid is en in staat zal zijn deze handschoen op te pakken.